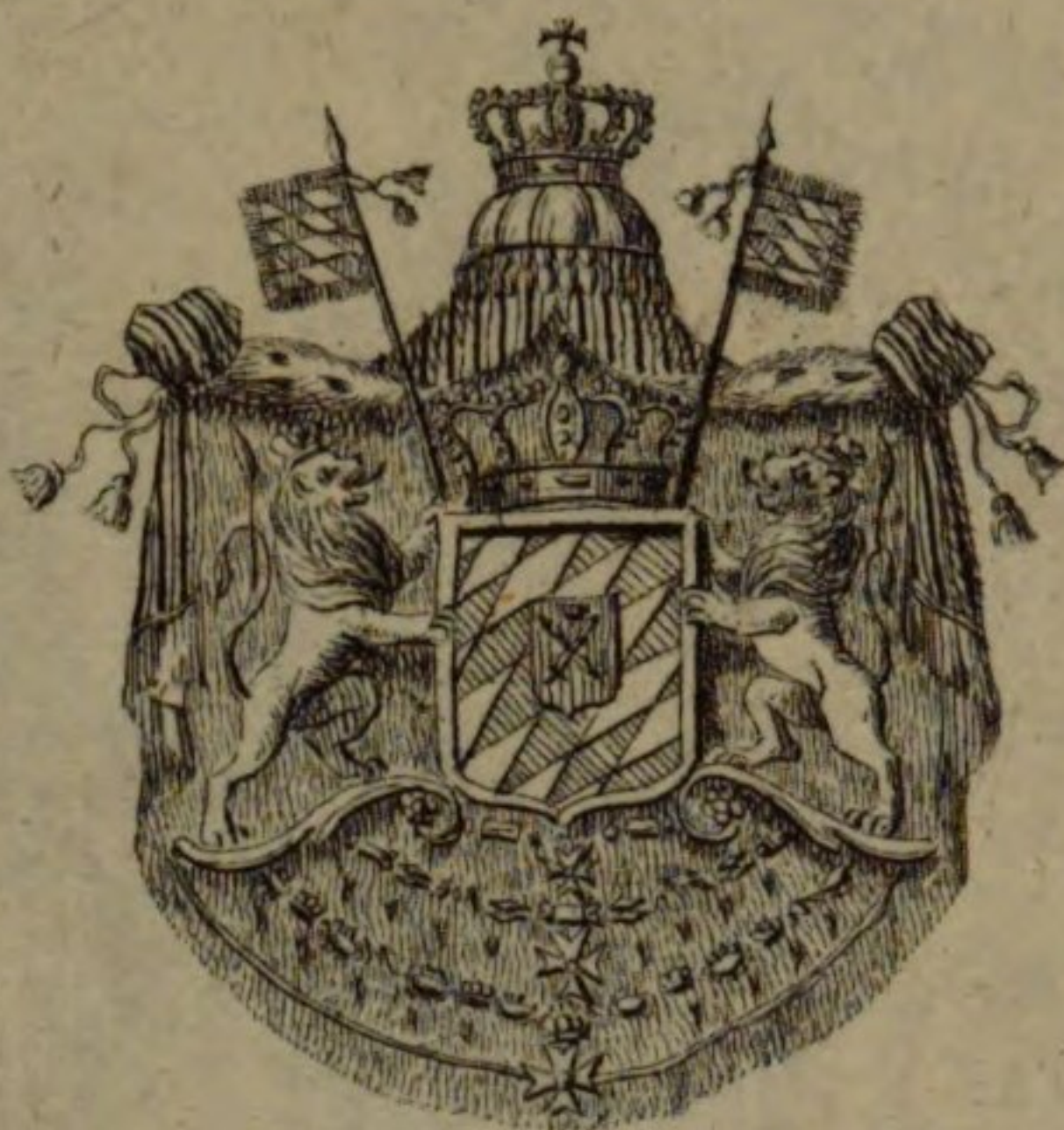


J. germ.

38

b

4. Germ.
38⁶.



**BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.**



<36615991160011

<36615991160011

Bayer. Staatsbibliothek

Pr

Einleitung
in
die deutsche
positive
Rechtswissenschaft

von

R Christoph Christian Dabelow.

H a l l e

bey Hemmerde und Schwetschke.

1793.

Bayrische
Staatsbibliothek
München

Rechtswissenschaft
positive
der
Einleitung

von
Christoph Christian Dabelow.

Bayerische
Staatsbibliothek
München



V o r r e d e.

Die Erscheinung dieses neuen Lehrgebäudes auf der Academie eines Landes, in welchem dem ganzen gemeinen Rechte der Untergang so nahe bevorsteht, und vielleicht nach wenig Jahren noch kaum der Name dieser Wissenschaft unter dem grösseren Theil der Rechtsgelehrten bekannt seyn mögte, scheint fast nicht anders, als durch das freye Geständniss seines Urhebers, die Mode mitmachen, und um den in unsern Tagen so beliebten Reformator-Titel buhlen zu wollen, gerechtfertiget werden zu können. Ich muss aufrichtig gestehen, dass mich

dieses Urtheil selbst an Ort und Stelle noch eher traf, als ich den ersten Bogen dieses kleinen Buchs hatte abdrucken lassen, und ich würde mich nicht schämen, mich für dasselbe öffentlich zu erklären, wenn nicht eine ganz andere Absicht bey meinem Unternehmen zum Grunde läge. — Denn was bringt in unsern Tagen, bey den immermehr abnehmenden gründlichen juristischen Kenntnissen, wol mehr Ruhm zuwege, als wenn man wie Vater eines neuen Lehr-Systems in den gelehrten Zeitungen theils herausgestrichen, theils bitter gekreuziget wird?

Meine ganze Absicht bey dem vorliegenden Unternehmen ist keine andere, als die, bey der so grossen Verachtung solcher Vorlesungen, die doch nur eigentlich ein tiefes Eindringen in die Gesetze und den Geist derselben verschaffen können, und bey der Sucht, nur das, was practisch ist, zu erlernen, der hiesigen Jugend, so lange es noch mit dem gemeinen Recht gehen wird, eine weit leichtere und doch dabey gründlichere Anleitung zum Studium desselben zu ertheilen, als sie bisher genossen hat, und dieses gleichsam durch einen Kunstgriff, wodurch

ich

ich das Verlangen der Studierenden befriedige, und zugleich doch dieselben in den Stand setze, dereinst weitere Fortschritte zu machen, zu bewerkstelligen.

Ich darf es wol nicht erst sagen, es ertönt ja aus aller Rechtsgelehrten Munde, wie complicirt das Gebäude unserer gemeinen Jurisprudenz, und mit welchen Schwierigkeiten die Erlernung derselben wegen der Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit ihrer Quellen verbunden ist. Es bleibt ewig gewiss, dass die bisher auf Akademien gebräuchliche Lehrart, wenn nicht ein eigener eiferner Fleiss hinzutritt, nie einen tüchtigen Rechtsgelehrten bilden kann. Ich selbst habe davon die Erfahrung gemacht, und ich bin überzeugt, dass der grösste Theil der jetztlebenden Rechtslehrer mit mir im gleichen Falle seyn wird. Ohne den Jüngling von den ersten Begriffen auszuführen, ohne ihn von der Lage der gemeinen Jurisprudenz, ihren Quellen und Hülfsmitteln zu unterrichten, führt man ihn in das Institutionen-Collegium, und verwickelt ihn hier in ein Labyrinth, aus welchem er am Ende seines Academischen Cursus sich noch nicht her-

auszufinden weiß. Ueber das Pandecten-Collegium und dessen Verhältniß zum Ganzen mag ich kein Wort weiter verlihren, da dieser Unsinn, dessen man sich in unserem Zeitalter billig schämen sollte, und der den Rechtsgelehrten in den Augen der Verehrer anderer Wissenschaften so sehr herabwürdiget, schon von anderen mit grellen Farben geschildert ist.

Aber auch nicht viel besser als die gemeine Lehrmethode, war die auf der hiesigen Academie bisher grösstentheils übliche systematische, bey welcher zwar das Ganze an einander gereihet, der junge Rechtsgelehrte aber ganz in den Anfangsgründen verwahrloset wurde, obgleich ich sie selbst bis dahin in Ermangelung einer andern, und weil sie sich doch mit der gesunden Vernunft vereinigen liefs, befolgt habe.

Bey dem Unterricht in der gemeinen Jurisprudenz scheint es mir vor allen Dingen nothwendig zu seyn, den Jüngling zuvörderst mit einigen Begriffen bekannt zu machen, die nicht nur dem positiven Recht der Deutschen, sondern auch dem aller Staaten gemein sind, und
die

die dem Rechtsgelehrten stets geläufig seyn müssen. —
 Ferner ihm den Begriff des positiven Rechts, dessen Unterschied von dem natürlichen Recht tief einzuprägen, und ihm die Quellen des positiven Rechts anzuzeigen. So ist er allererst im Stande, die Beziehung des positiven Rechts auf Staaten und Völker einzusehen, so den Begriff von dem positiven Recht eines Staats zu fassen, und die Quellen zu bemerken, woraus dasselbe abgeleitet werden muss. Diesen Zweck beabsichtigen die Vorbereitungslehren dieser Einleitung. Nun führe man ihn auf das positive Recht der Deutschen selbst, zeige ihm bey einer kurzen Darstellung der deutschen Verfassung dessen Umfang, Quellen und Hülfsmittel, von welchen ihm die Rechtsgeschichte am meisten anempfohlen werden muss. Diese Absicht liegt bey der eigentlichen Abhandlung in dieser Einleitung bis zum fünften Abschnitt zum Grunde. Hierauf muss die Rechtsgeschichte folgen, die ich nach einem eigenen Plan zu bearbeiten und im künftigen Jahre her-

auszugeben gedenke. Um indess den Critiker in den Stand zu setzen, über mein Unternehmen vollständig urtheilen zu können, will ich, ehe ich weiter gehe, hier vorläufig den Plan dazu angeben.

Eine zweckmässige Rechtsgeschichte muß mit einer historischen Entwicklung der deutschen Verfassung anfangen, ehe zu der Geschichte des Rechts selbst geschritten werden kann. In der eigentlichen Rechtsgeschichte nehmen die Fundamentalgesetze der deutschen Nation den ersten Platz ein. Auf sie folgen die Reichs-Gesetze in der Ordnung, wie sie Seite 23. der Einleitung aufgeführt sind, jedoch so, daß die Geschichte des canonischen Rechts weiter hinaus verspart, und blos die der anderen hieher gehörigen Gesetze erzählt wird. Die Geschichte des Römischen Rechts muß hier so abgehandelt werden, daß zugleich die ganze Römische Staatsverfassung nicht nur, sondern auch das ganze Verhältniß der Unterthanen des Römischen Staats in ihren häuslichen sowol als an-
deren

deren Zuständen und Geschäften, vollständig entwickelt wird, in so fern alles dieses auf die Erklärung der Gesetze Einfluss hat. Ich folge hier den Grundsätzen des unsterblichen Pütters, welcher an irgend einem Orte sagt, „dass es unmöglich sey, die Gesetze des Römischen Rechts-Körpers zu verstehen, ohne mit der Verfassung der Römer, sowol in öffentlichen als Privat-Verhältnissen, bekannt zu seyn.“ — Und wie soll der angehende Rechtsgelehrte es einsehen, welche Römische Gesetze noch heutiges Tages angewendet werden können, und welche nicht, wenn er nicht zuvor mit der ganzen Verfassung der Römer bekannt gemacht worden ist? Nach den Reichsgesetzen gehe ich zu den Kirchlichen Gesetzen über, wobey ebenfalls eine historische Entwicklung der deutschen Kirchen-Verfassung zu desto besserer Einsicht der kirchlichen Gesetze, besonders des canonischen Rechts gegeben werden muss. Hier folgt nun die oben versparte vollständige Geschichte des canonischen Rechts, und die Geschichte der deutschen

Völker - Verträge, ebenfalls historisch unterstützt, beschliesst, nebst einem Anhang zur Uebersicht des Ganzen, das Lehrbuch.

Auf diese Art glaube ich im Stande zu seyn, nicht nur eine äussere, sondern auch innere Geschichte des Rechts schreiben zu können, weil nun der Zuhörer mit dem Gegenstande der Gesetzgebung bekannt ist, ihm ferner zeigen zu können, welches eigentlich die Quellen unserer gemeinen Jurisprudenz noch gegenwärtig, und welche es nicht mehr sind, ihn mit dem Geist und Zweck der Gesetze vertrauter machen zu können, als bisher geschehen ist, und zu einer richtigen Anwendung derselben zu leiten.

Nach Beendigung der Rechtsgeschichte muss der Zuhörer auf die Einleitung S. 30. zurückgeführt, und mit dem heutigen Gebrauche der Quellen des deutschen positiven Rechts etc. bekannt gemacht werden.

Bey der Lehre von dem heutigen Gebrauche des Römischen Rechts muss das Corpus Juris romani durch-
gegan-

gegangen, und gezeigt werden, welche Titel sowol als Gesetze im Ganzen nicht mehr gebraucht werden können, welche noch entweder ganz, oder zum Theil, oder in veränderter Gestalt anwendbar sind. Es versteht sich jedoch von selbst, dass ich hier nicht von einer zu speciellen Ausführung rede, wovon in anderen Collegien noch das Nöthige zur rechten Zeit gesagt werden kann.

Ist nun der angehende Rechtsgelehrte so vorbereitet, so kann ihm das ganze System des heutigen Rechts, mit Hinweglassung alles nicht mehr geltenden Rechts, vorgetragen werden, welches man blos in den Vorlesungen cursorisch zu berühren nöthig hat. Ich habe dazu mit dem zugleich mit diesem Buche erscheinenden System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit den Anfang gemacht, über dessen Zweck ich mich noch näher in der Vorrede zu diesem Buche erklären werde. Weiter aber, als auf die Ausbildung dieses Lehrbuchs, eines Systems des heutigen Staatsrechts, und einer Hermeneutic, werden sich meine Bemühungen nicht erstrecken.

Dies

Dies ist der Plan, den ich zu beobachten gedenke. Uebrigens bin ich zu sehr davon überzeugt, daß in diesem kleinen Buche nur bloß eine Anleitung enthalten, keinesweges aber das Ganze erschöpft ist. Zeit und Müsse fehlten mir dazu, und mußte daher das meiste den Vorlesungen aufbehalten bleiben, daher ich auch zuweilen nur bloß Winke gegeben habe.

Uebrigens wünsche ich meinem Verfahren einen redlichen und kritischen Beurtheiler, der mir meine Fehler nicht nur zeigt, sondern mir auch zugleich einen besseren Weg vorzeichnet, als ich gegangen bin.

Halle, den 1. Aug. 1793.

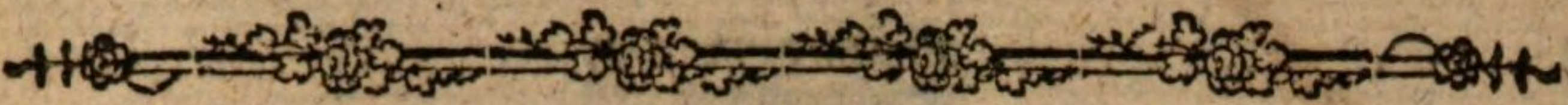
E i n l e i t u n g
in
die deutsche
positive Rechtswissenschaft.

Sed defendat quod quisque sentit: sunt enim judicia libera: nos institutum tenebimus, nullis unius disciplinae legibus adstricti — — —

C I C E R O *Tusculanar. Quæst. Lib. IV.*

positive Rechtswissenschaft
in
der deutschen
Rechtswissenschaft

So ist bekannt, dass die deutsche
Rechtswissenschaft, wie die
andere, eine Wissenschaft ist,
die sich mit dem Recht befasst.



Vorbereitungslehren.

§. I.

Das Wort — Recht (*Jus*) bedeutet 1) das Prädicat, das einem Subject in so fern zukommt, als eine Zwangs-Verbindlichkeit gegen dasselbe vorhanden ist. 2) Einen Inbegriff von Regeln oder Normen, welche Rechte und Verbindlichkeiten bestimmen. Sätze, welche aus diesen abgeleitet werden, heißen Rechts-Wahrheiten (*veritates juris*), und eine Wissenschaft von Rechts-Wahrheiten wird Rechts-Wissenschaft — Rechtsgelahrtheit (*Jurisprudentia* — *Jurisscientia*) genannt ^{a)}.

a) Verwirrung der Begriffe durch die verschiedenen Bedeutungen des Worts — Recht im gemeinen Leben.

§. II.

Nimmt man auf die zweyte Bedeutung des Worts — Recht Rücksicht, so werden die Normen oder Regeln, welche Rechte und Verbindlichkeiten bestimmen, entweder zunächst und unmittelbar aus der Natur des Menschen abgeleitet, oder durch dahin gerichtete auf

irgend eine Weise erklärte Willensbestimmungen begründet. Im *erstern* Falle entsteht daraus der Begriff des natürlichen Rechts — Naturrechts (*Juris naturalis* — *Juris naturae*), im *letztern* der des positiven Rechts (*Juris positivi*) ^{b)}.

b) Ueber den Begriff des positiven Rechts vergleiche man Carl Leonhard *Reinhold* Briefe über die Kantische Philosophie 2. B. 4. und 5. Brief, besonders Seite 157. Ueber die Theorie dieses geschätzten Philosophen in den Vorlesungen.

§. III.

Die Ausdrücke — natürliches und positives Recht lassen sich auch auf die erste §. I. befindliche Bedeutung des Worts — Recht beziehen, und da ist denn natürliches Recht dasjenige, dem eine natürliche, und positives das, welchem eine positive Verbindlichkeit entspricht.

§. IV.

Die Regeln oder Normen, welche das positive Recht (in der *zweyten* Bedeutung des Worts — Recht) enthält, können solche seyn, die schon das Naturrecht kennt, oder solche, die nicht aus demselben erkannt werden können. So entsteht die Eintheilung des positiven Rechts, in blos positives (*Jus mere positivum*) und gemischtes (*mixtum*).

§. V.

Gleiche Bestimmungen läßt das Wort — Recht in der ersten Bedeutung zu, in so fern es positiv ist, und auch hier gilt die Eintheilung desselben in *Jus mere positivum* und *mixtum*.

§. VI.

§. VI.

Die Sätze, welche aus dem natürlichen Recht (ich nehme hier das Wort — Recht in der *zweyten* Bedeutung desselben) abgeleitet werden, heißen natürliche — Naturrechts-Wahrheiten (*veritates juris naturalis*), und die, welche aus dem positiven Recht abgeleitet werden, positive Rechtswahrheiten (*veritates juris positivi*). Die Wissenschaft von den ersteren heisst — natürliche Rechtswissenschaft (*Jurisprudentia naturalis*), und die der letzteren — positive Rechtswissenschaft (*Jurisprudentia positiva*).

§. VII.

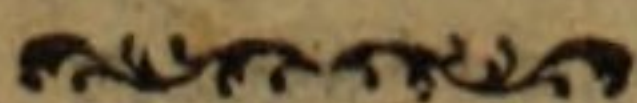
Das positive Recht darf nie mit den ewigen Wahrheiten des natürlichen Rechts in einem *absoluten* Widerspruche stehen, wenn es vernünftig seyn, oder überhaupt dessen Befolgung moralisch möglich seyn soll — ein Satz, dessen Gegentheil zwar leider! die Erfahrung aller Zeiten lehrt, der aber dadurch im mindesten nicht aufgehoben, ja nicht einmal entkräftet wird. Der Beweis liegt darin, weil das positive Recht nur erst durchs Naturrecht *möglich* wird.

§. VIII.

Hieraus läßt sich nun auch sehr leicht *im allgemeinen* die Frage beantworten: in wie fern es ein sogenanntes *Jus positivum naturali derogans* geben könne? obgleich unter *einzelnen Voraussetzungen* solche sehr schwer aufzulösen ist.

§. IX.

Wir lassen das Naturrecht, dessen Cultur erst in unserm Zeitalter recht zu gedeihen scheint, und beschäfti-



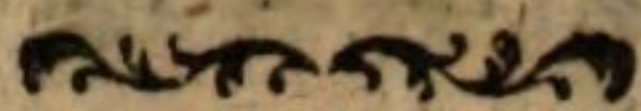
gen uns für die Zukunft blos mit dem positiven Recht, so dafs wir dabey die zweyte Bedeutung des Worts — Recht allemal zum Grunde legen.

§. X.

Die Quellen des positiven Rechts find blos willkührliche Bestimmungen, sie mögen nun übrigens nach §. IV. Sätze enthalten, die schon das Naturrecht kennt, oder solche, die nicht aus demselben erkannt werden können. Sie sind höchst einfach: wenn man sie ohne alle Beziehung auf den gesellschaftlichen Zustand, und im bloßen Naturstande des Menschen gedenkt. In Beziehung auf den gesellschaftlichen, und — besonders auf den bürgerlichen Zustand, aber, gehören dahin

- 1) Verträge zwischen dem Volke unter sich bey Errichtung einer Staats - Verbindung — Vereinigungs-Vertrag (*Pactum unionis*), und Verfassungsvertrag (*Pactum ordinationis civilis*).
- 2) Verträge zwischen den Repräsentanten des Staats und dem Volke; imgleichen das, was sonst mit stillschweigender Einwilligung von beiden Theilen festgesetzt ist, und als Regel befolgt wird.
- 3) Eigentlich so genannte Gesetze.
- 4) Andere Befehle, Vorschriften und Verfügungen des Regenten, oder um allgemeiner zu reden, der Repräsentanten des Staats.
- 5) Anordnungen und Bestimmungen, die von Gesellschaften im Staate, vermöge der Gesellschafts-Rechte zu Stande kommen; imgleichen Normen, die in denselben als stillschweigend festgesetzt befolgt werden.
- 6) Verträge der Bürger im Staate unter sich und mit auswärtigen, und einseitige Willens-Verordnungen, in so fern solche den Staatsgesetzen gemäfs sind, und Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen, oder in

An-



Ansehung derselben etwas bestimmen. 7) Verträge zwischen Staaten und freyen Völkern, und das was sonst mit stillschweigender Bewilligung unter ihnen befolgt wird. Von allen diesen hier angegebenen Quellen des positiven Rechts sind jedoch die unter der Nummer 2. 3. 4. 5. und 7. die vorzüglichsten, welche auch nur einer weiteren Entwicklung bedürfen.

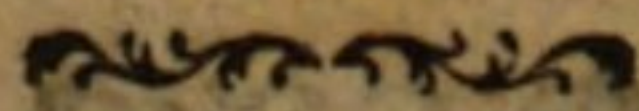
§. XI.

Was zuvörderst die unter der Nummer 2. benannte Quelle des positiven Rechts betrifft, so gehören dahin sowol der Unterwerfungs - Vertrag (*pactum subjectionis*), als alle übrige Verträge zwischen dem Volke und dem Regenten, in sofern sie die Staatsverfassung und Regierung betreffen, die man auch Staats - Grundgesetze schlechthin (*Leges fundamentales*), auch pragmatifche Sanctionen (*Sanctiones pragmaticae*) zu nennen pflegt ^{c)}; imgleichen das sogenannte Staats - Herkommen (*Observantia juris publici*), das auf eine stillschweigende Einwilligung zwischen dem Regenten und dem Volke beruht, und in vielen Staaten den Mangel der Staats - Grundgesetze, wiewol allemal sehr dürftig, ersetzen muß.

c) Z. B. bey den Römern die *Lex Regia*, in Deutschland die *Göldene Bulle*, in Frankreich *La Constitution française de 1791*.

§. XII.

Nach einer genauern Bestimmung bedarf die unter der Nummer 3. bemerkte Quelle des positiven Rechts, welche alle sogenannte eigentliche Gesetze (*Leges strictae sic dictae*) unter sich begreift. — Unter einem

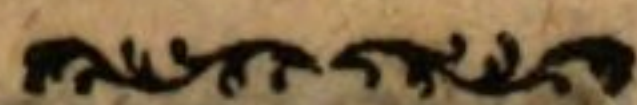


Gesetz (*Lex*) versteht man eine, vermöge der gesetzgebenden Gewalt im Staate, auf die gehörige Art zu Stande gekommene, und allgemein im Staate verbindliche Norm. Man theilt die Gesetze in Rücksicht auf ihre Entstehung und ihren Inhalt verschiedentlich ein. 1) In Rücksicht auf ihre *Entstehung* in geschriebene (*Leges scriptae — jus scriptum*) und nicht geschriebene (*Leges non scriptae — jus non scriptum s. consuetudinarium — Gewohnheitsrecht — Gewohnheit, consuetudo*) *), je nachdem die Norm, welche das Gesetz ausmacht, von der gesetzgebenden Gewalt *ausdrücklich* oder *stillschweigend* functionirt ist. 2) In Rücksicht auf ihren *Inhalt* in gebietende (*Leges praeceptivae — Jus praeceptivum*), und verbiethende Gesetze (*Leges prohibitivae — Jus prohibitivum*), je nachdem sie etwas gebieten oder verbieten. Bey dem *Jus prohibitivum*, von welchem die Strafgesetze (*Leges poenales*) eine eminentere Gattung sind, muß *Jus prohibitivum objective tale* und *subjective tale*, imgleichen *Jus absolute prohibitivum* und *secundum quid prohibitivum* unterschieden werden. — Die sogenannten Permissiv-Gesetze (*leges permissivae — jus permissivum*), welche viele noch als eine dritte Classe der Gesetze annehmen, können füglich aus der Eintheilung der Gesetze weggelassen werden.

*) Unterschied zwischen Gewohnheits-Recht und *jus traditum*.

§. XIII.

Die Gesetze können blos 1) den äußerlichen Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen, innerliche Handlungen hingegen liegen außer dem Ge.



Gebiete der Gesetzgebung, weil sie einestheils keinen Zwang zulassen, anderntheils auch keinen Einfluss auf das Wohl des Staats haben ^{d)}. Zudem müssen 2) die äussern Handlungen der Menschen der Regel nach willkührliche und freye Handlungen seyn, wenn sie einen Gegenstand der Legislatur abgeben, oder vielmehr, wenn sie nach den Gesetzen beurtheilt werden sollen.

d) Hieraus springt nun leicht in die Augen, in wiefern Religions - Angelegenheiten einen Gegenstand der Gesetzgebung abgeben können.

§. XIV.

Die Gesetze eines Staats verbinden der Regel nach alle Unterthanen desselben, ohne Unterschied des Standes; vorausgesetzt nur, dass sie so bekannt gemacht sind, dass sie zur Wissenschaft eines jeden Unterthanen im Staate gelangen können — Promulgation der Gesetze (*promulgatio*) ^{e)}. Es kann sich auch Niemand gegen die Kraft und Wirkung eines förmlich bekannt gemachten Gesetzes mit dem Vorwand des nicht mehr geltenden Gesetzes, oder der Unwissenheit desselben entschuldigen, so lange er im *ersten* Fall nicht erwiesen hat, dass das Gesetz nicht mehr gelten kann *), oder im *letzten* Fall, dass ihm die Gesetze zu ignoriren erlaubt sey. Die Verbindlichkeit der Gesetze fängt übrigens vom Tage ihrer Bekanntmachung — nicht aber ihrer Abfassung (*conceptio*) an, wenn nicht ein anderer Termin *ausdrücklich* bestimmt ist.

e) Ueber die Bekanntmachung der Gesetze. Freyburg 1783.

*) J. T. Richter de ea, an Lex semper loqui praesumatur. Lips. 1747.

§. XV.

Die Gesetzgebung eines Staats erstreckt sich über alle Gegenstände des öffentlichen Staatswohls, und auch nur in dieser Hinsicht kann man verschiedene Arten der Staatsgesetze annehmen. Am richtigsten, glaube ich, thut man, wenn man folgende Arten der Gesetze annimmt. 1) Gesetze, die den öffentlichen Zustand des Staats selbst betreffen — öffentliche Gesetze (*Leges publicae* f. *statum publicum concernentes*). 2) Gesetze, die die im Staat existirenden kirchlichen Gesellschaften zum Gegenstande haben, oder überhaupt in Ansehung der Staats-Religion etwas verfügen — Kirchengesetze (*leges ecclesiam* f. *religionem spectantes*) f). 3) Gesetze, die die Verbrechen betreffen — Peinliche — Criminal-Gesetze (*leges criminales*). Ich rechne dahin sowol diejenigen Gesetze, wodurch eine Handlung erst zum Verbrechen gemacht wird, als die, wodurch in Ansehung einer schon zum Verbrechen gemachten Handlung etwas verfügt wird. 4) Gesetze, die andere Gegenstände betreffen. Die letztern nenne ich schlechthin — Civil-Gesetze (*leges civiles*), und begreife darunter alle übrige noch gedenkbare Staats-Gesetze, die zu keiner der vorhergehenden Classen gerechnet werden können, und unter welchen freylich diejenigen die vorzüglichsten sind, die das Verhältniß der Bürger unter sich in ihren Geschäften und Verhandlungen bestimmen, welche man auch Privat-Gesetze (*leges privatae*) zu nennen pflegt.

f) So können diese Gesetze von den eigentlich sogenannten kirchlichen Gesetzen unterschieden werden.

§. XVI.

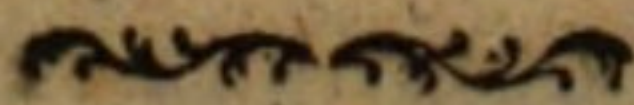
Die Verfügungen, welche die Gesetze enthalten, sind, in so fern sie Verhältnisse der Bürger betreffen, *meistentheils* für alle Unterthanen bestimmt — *gemeines Recht* (*jus commune*); indeffen enthalten sie auch zuweilen ein besonderes Recht (*jus singulare*), das aber nicht mit dem, was man eine *Rechtswohlthat* (*beneficium legis*) nennt, verwechselt werden muß, die *eigentlich* zum *Jus commune* gehört.

§. XVII.

Der Gesetzgeber kann seinen Gesetzen Motiven hinzufügen, wodurch der Unterthan zu ihrer Befolgung mehr als sonst bestimmt wird. Es gehören dahin die Verheißung gewisser Belohnungen, imgleichen die Androhung und Zufügung gewisser Uebel. Zu den Uebeln, welche der Gesetzgeber mit dem Gesetze verbindet, rechnet man insbesondere die *Nichtigkeit der Handlung*, den *Verlust des Rechts* oder *eines andern Vortheils*, und *wirkliche Strafen*. Derjenige Theil des Gesetzes, welcher das Uebel festsetzt, so den Unterthan treffen soll, wird eigentlich *Sanction des Gesetzes* (*sanctio legis*) genannt, obgleich man sonst im Allgemeinen jede Verfügung des Gesetzes unter diesem Ausdruck versteht.

§. XVIII.

Bey den Gesetzen muß man den Grund des Gesetzes (*ratio legis*), und die Gelegenheit, bey welcher das Gesetz zu Stande kam, oder was zur gegenwärtigen Abfassung des Gesetzes Veranlassung gab (*ocasio legis*), unterscheiden.



scheiden. Beide Umstände haben auf den *Intellectus* des Gesetzes und dessen Anwendung sowol überhaupt, als auf einzelne vorkommende Fälle grossen Einfluss. Zuweilen gibt der Gesetzgeber selbst den Grund des Gesetzes im Gesetze bald richtig, bald unrichtig an, zuweilen nicht, sondern es muss der wahre Grund des Gesetzes erst aufgefunden werden, welches, zumal bey alten Gesetzen, sehr schwer, ja bisweilen wol gar unmöglich ist.

§. XIX.

Ein positives Gesetz kann seine Kraft und Wirkung verlieren 1) dadurch, dass der Gesetzgeber entweder *ausdrücklich* ^{g)} oder *stillschweigend* ^{h)} erklärt, dass das Gesetz nicht mehr gelten soll, selbst auch alsdann, wenn demselben die Clausel: *dass es auf immer gelten, und nie wieder aufgehoben werden solle*, wäre hinzugefügt worden ⁱ⁾. 2) Durch Nothwendigkeit, nicht aber durch den bloßen Nichtgebrauch.

g) Der Gesetzgeber hebt entweder das ganze Gesetz schlechthin auf (*lex abrogatur*), oder er verordnet etwas, was dem vorhandenen Gesetz geradezu entgegen ist (*legi obrogatur*), oder etwas, wodurch das vorhergehende Gesetz in einigen Puncten abgeändert wird (*legi derogatur* seu *exrogatur*). Hiervon unterscheidet sich der Fall, wo einem Gesetze blos etwas neues hinzugefügt, oder dasselbe mit einem Anhange vermehrt wird (*legi subrogatur*).

h) Dahin gehört auch die sogenannte *Consuetudo abrogatoria et derogatoria*.

i) Ein Beyspiel von solchen Gesetzen findet sich in L. 6. C. de secund. nupt. *Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus.*

§. XX.

§. XX.

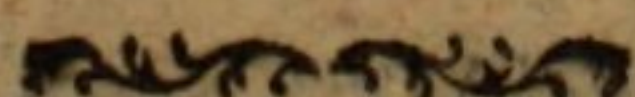
Jemand, welcher sich mit der Erkenntniß der Gesetze eines Staats auf die *gehörige* Art beschäftigt, heißt im *eminenteren* Sinn ein Rechtsgelehrter — Jurist (*Jurisconsultus*), und wird dadurch von einem Rabulisten (*Rabula*), *Juris sciens* und *Legulejus* unterschieden. Sonst aber können und müssen diese Begriffe *ausgedehnter* genommen, und mit der *gehörigen Modification* auf alle Quellen des positiven Rechts bezogen werden. Denn dies, daß man sie *eigentlich* nur auf Gesetze bezieht, rührt daher, weil das aus Gesetzen entspringende Recht *κατ' ἐξοχην* — *positives Recht* genannt wird.

§. XXI.

Die *vierte* Quelle des positiven Rechts coincidirt in so mancher Rücksicht mit der dritten, daß nur der unterscheidende Character allein in der Staatshoheit aufgesucht werden muß. Es gehören dahin alle andere Verfügungen und Anordnungen des Regenten, die nicht als wirkliche Gesetze angesehen werden können, sie mögen nun übrigens Gegenstände betreffen, welche sie wollen. Ihre Benennung sowol, als ihre Kraft und Wirkung, ist theils aus der besondern Staatsverfassung, theils aus dem Willen des Regenten zu beurtheilen, und ich bemerke hier blos im allgemeinen, daß die sogenannten Privilegien (*privilegia*)^{k)} und Dispensationen (*dispensationes*) Unterarten davon sind.

k) Verschiedene Gattungen der Privilegien: *Privilegia personalia, realia. Onerosa, gratiosa. Conventionalia, non conventionalia.* Drey Hauptarten. — Grundsätze.

§. XXII.



§. XXII.

Die *fünfte* Quelle des positiven Rechts ist von nicht geringerer Wichtigkeit, als die dritte und vierte. Sie umfaßt alle willkührlichen Bestimmungen, die von Gemeinheiten und andern gesellschaftlichen Verbindungen oder Corporationen im Staate, entweder vermöge der Collegialrechte oder auf eine sonst mögliche Art zu Stande kommen, es mögen übrigens diese Gemeinheiten und gesellschaftlichen Verbindungen geistliche oder weltliche seyn. Es gehören mithin hieher 1) die sogenannten Statuten der Gemeinheiten (*statuta Universitatum*) ^{l)} sowol, als anderer gesellschaftlichen Verbindungen und Corporationen (*statuta Collegialia — Corporis*), imgleichen 2) das, was als Gewohnheitsrecht und Herkommen in der Gemeinheit ^{m)} oder Gesellschaft gilt ⁿ⁾.

l) Wenn die Gemeinheit eine grössere ist, und eine förmliche Regimentsverfassung hat, so pflegt man dergleichen Anordnungen, die durch die Ausübung der Collegialrechte von ihr zu Stande gebracht werden, auch wol *improprie* Gesetze zu nennen, als z. B. Kirchliche Gesetze (*Leges ecclesiasticae*), Stadtgesetze u. d. m.

m) *Jus consuetudinarium universitatis. Observantia in universitate.*

n) *Observantia collegii.*

§. XXIII.

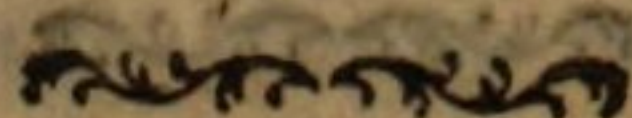
Die *siebente* Quelle des positiven Rechts begreift sowol die *eigentlichen Völker-Verträge*, als das, was mit *stillschweigender Uebereinkunft* unter freyen Völkern in Hinsicht auf ihr wechselseitiges Verhältniß gegen einander festgesetzt ist. Nur muß man sich hüten, daß man

man das, was vielleicht unter freyen Völkern aus *Politik* gegen einander beobachtet wird, und gar kein Recht ist, nicht unter diese Classe bringt.

§. XXIV.

Aus der Darstellung der Quellen des positiven Rechts leuchtet es nun deutlich hervor, wie weit umfassend das positive Recht ist, und wie sehr sich dasselbe von dem auf so einfachen Principien beruhenden Naturrecht unterscheidet. Und eben so deutlich ist's, daß man eigentlich wol, so zu reden, *objectivisch*, nicht aber *subjectivisch*, dem positiven Rechte einen Beynamen geben kann, wenn man es nach allen seinen Quellen fassen will. Indefs nimmt man Völker-Verträge, oder das, was unter freyen Völkern durch stillschweigende Uebereinkunft beobachtet wird, Fundamentalgesetze, und eigentliche Gesetze eines Staats, als die vorzüglichsten Erkenntnißsgründe des positiven Rechts an, und in dieser Hinsicht kann freylich ein positives Recht nicht nur auf einen bestimmten Staat ^{o)}, sondern auch wol gar auf einen ganzen Erddistrict bezogen ^{p)}, und demselben in dieser Beziehung ein Beyname gegeben werden.

o) z. B. *Dänisches, Schwedisches, Englisches, Deutsches* (positives) *Recht*. Das positive Recht eines Staats begreift alsdann nicht nur das, was in dem Staate selbst als positives Recht gilt, in sich, sondern auch das, was durch das Verhältniß des Staats zu auswärtigen bestimmt wird — *inneres und äusseres positives Recht*. Das innere positive Recht eines Staats kann auch schlechthin bürgerliches Recht (*Jus civile*) genannt werden, und begreift sodann alles Recht in sich, was aus der ersten, zweyten, dritten, vier-



vierten, fünften und sechsten Quelle des positiven Rechts in Beziehung auf einen bestimmten Staat entspringt.

p) z. B. *Europäisches Völkerrecht*. Ob es übrigens ein sogenanntes *Europäisches* (positives) *Völkerrecht* gebe, ist noch keinesweges ausgemacht. Dafs es so wenig in der Gleichförmigkeit der Europäischen Völker-Verträge, als in dem Herkommen und Gewohnheitsrecht, worin es G. E. von Martens in seinem *Versuche über die Existenz eines positiven Europäischen Völkerrechts* (Göttingen 1787.) setzt, zu suchen sey, ist wol ausgemacht, aber ob sich nicht andere Gründe dafür auffinden liessen, bleibt noch allemal dahingestellt. Vergl. auch von Römer *Völkerrecht der Deutschen*, §. 3.

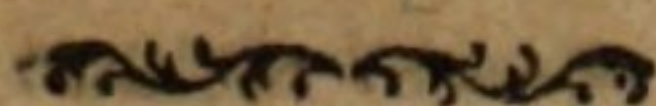
§. XXV.

Bey dem positiven Recht eines Staats müssen vor allen Dingen die *Quellen* und *Hilfsmittel* desselben unterschieden werden. Zu den Quellen können hier nur eigentlich folgende gerechnet werden, als 1) der Vereinigungs- und Verfassungs-Vertrag dieses Staats, wenn etwa ein solcher vorhanden ist. 2) Der Unterwerfungs-Vertrag und alle übrige Verträge zwischen den Repräsentanten dieses Staats und dem Volke, imgleichen das Staats-Herkommen. 3) Eigentliche Gesetze dieses Staats, Gewohnheits-Rechte und andere *allgemeine* Anordnungen in demselben. 4) Anordnungen und Bestimmungen, die von geistlichen und weltlichen Gemeinheiten und grösseren Gesellschaften vermöge der Collegial-Rechte in denselben zu Stande kommen, imgleichen was mit stillschweigender Einwilligung der Mitglieder derselben festgesetzt wird. 5) Verträge dieses Staats mit andern Staaten und freyen Völkern.

kern. Als Hülfsmittel aber können hier die Rechtsgeschichte (*historia juris*), die Geschichte der wissenschaftlichen Cultur desselben — Litterairgeschichte (*historia litteraria*), die Kenntniss der Sprache, worin es verfaßt ist, der Regeln, welche bey der Auslegung desselben befolgt werden müssen — Hermeneutik (*hermeneutica*), und die Staatsgeschichte, sowol dieses Staats selbst, wovon die Rede ist, als anderer Staaten, zu welchen man sein Verhältniß betrachtet, im Allgemeinen genannt werden.

§. XXVI.

So auf einen *Staat* bezogen, und zugleich aufs *Object* des positiven Rechts Rücksicht genommen, lassen sich folgende Theile des positiven Rechts annehmen. Es betreffen nemlich die willkührlichen Willens-Bestimmungen, die dasselbe enthält, entweder den *inneren öffentlichen Zustand des Staats*, oder die *Staatsverfassung* — Staatsrecht (*jus publicum*), oder den *äußeren* — Völkerrecht (*jus gentium*), oder die *Kirche und Religion* — Kirchenrecht (*jus ecclesiasticum*), oder die *Verbrechen* — Criminalrecht (*jus criminale*), oder endlich *andere noch übrige Gegenstände* — vorzüglich *Privatverhältnisse* ^{q)} — Civilrecht (*jus civile*) ^{r)}. Auf alle diese verschiedene Theile des positiven Rechts eines Staats bezieht man auch das Wort — Rechtsgelahrtheit — Rechtswissenschaft, und so entspringen folgende Gattungen der positiven Rechtswissenschaft eines Staats, als 1) die Staatsrechtsgelahrtheit (*jurisprudentia publica*); 2) die Völkerrechtsgelahrtheit (*jurisprudentia gentium*); 3) die Kirchen-Rechtsgelahrtheit (*jurisprudentia*



ecclesiastica); 4) die Criminal-Rechtsgelahrtheit (*jurisprudentia criminalis*); 5) die Civilrechtsgelahrtheit (*jurisprudentia civilis*).

q) Nähere Bestimmung der *Privatverhältnisse*, und in wie vieler Rücksicht solche vorkommen können.

r) Man kann diesen Theil des positiven Rechts eines Staats, in so fern er Privatverhältnisse betrifft, auch — *Privatrecht* nennen. Allein die wissenschaftliche Behandlung verliert dabey, indem entweder Wahrheiten mit eingemischt werden müßten, die doch nicht unter diese Rubrik gebracht werden können, oder solche abgefordert vorgetragen werden müssen, weil sie zu keinem andern Theil der Rechtswissenschaft (wenn man solche doch nach den Objecten ordnen will) gerechnet werden können. Dafs es aber dergleichen Wahrheiten gebe, wird gewifs niemand läugnen, der nur mit dem positiven Rechte irgend eines Staats bekannt geworden ist. Man fasse also alles dieses zusammen, und gebe ihm einen schicklichen Namen, wie ich hier gethan zu haben glaube.

§. XXVII.

Sonst zerfällt auch noch die *ganze* positive Rechtsgelahrtheit eines Staats in die *theoretische* (*theoretica*) und *practische* (*practica*), je nachdem die willkürlichen Willens - Bestimmungen, die das positive Recht begründen, entweder in Rücksicht auf *Rechte* und *Verbindlichkeiten* selbst etwas festsetzen, oder nur die *Art* und *Weise* bestimmen, wie Geschäfte, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten hervorgebracht werden sollen, betrieben werden müssen ^s). — Eine Eintheilung, die bey der wissenschaftlichen Behandlung des positiven Rechts eines Staats, nach meinem Bedünken, *zuerst* zum Grunde gelegt werden muß.

s) Unterschied zwischen Rechtstheorie (*theoria juris*) und Praxis (*praxis*).

§. XXVIII.

§. XXVIII.

Was von dem Verhältniß des positiven Rechts zum natürlichen (§. VI.) überhaupt ist gesagt worden, gilt auch in Beziehung auf das positive Recht eines Staats. Zudem erläutert das natürliche Recht das positive Recht eines Staats, und gibt bey gänzlichem Mangel desselben die alleinige Entscheidungsquelle ab. In den Schulen der Rechtsgelehrten kommt das natürliche Recht unter der Benennung *aequitas naturalis* — *id quod aequi et boni est*, vor, und wird darauf das *Arbitrium judicis* bezogen.

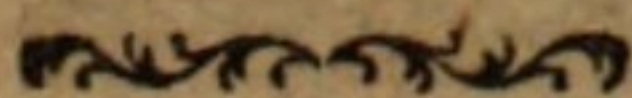
§. XXIX.

Beziehen wir uns also für die Folge bey dem Ausdrücke — positives Recht, allemal auf das positive Recht eines Staats, so kommt dabey die Anwendung des positiven Rechts auf vorkommende Fälle in Betrachtung (*applicatio juris positivi ad factum*), die zwar freylich auch ohne diese Beziehung bey jedem positiven Recht, ja selbst bey dem natürlichen Recht unter dem *allgemeinen* Ausdrücke (*applicatio juris ad factum*) gedacht werden kann, hier aber in *vorzüglicher* Rücksicht angenommen werden muß. Man versteht darunter die Vergleichung eines factischen Umstandes mit den Verfügungen des positiven Rechts. Bey dieser Vergleichung wird der factische Umstand selbst eine *Justizsache* (*caussa justitiae*) genannt ^{t)}.

t) Von der *Caussa* überhaupt und deren Eintheilung in *caussa justitiae* und *regiminis*. —

§. XXX.

Eine vorliegende Rechtsache wird ein *Rechtsfall* (*casus juridicus*) genannt. Sie erhält sowol nach den *Gegenständen*, welche sie betrifft, als nach der *Gerichtsbarkeit*, vermöge welcher sie entschieden werden muß, verschiedene Benennungen.



§. XXXI.

Der *Casus juridicus* ist entweder *certus* oder *incertus*. Auch pflegt man ihn in *dabilis* und *non dabilis* einzutheilen, welche Eintheilung aber keinen Nutzen gewährt.

§. XXXII.

Bey der Entscheidung eines Rechtsfalls unterscheidet man *decisio quae fit secundum acta et probata*, und *decisio quae fit pro auctoritate* (das Durchgreifen), wovon Machtsprüche und das Aufgreifen verschieden sind, welche gar nicht zu den Entscheidungen gerechnet werden können. —

§. XXXIII.

Imgleichen bey dem anzuwendenden positiven Recht — *Jus summum s. strictum*, und *aequitas juridica*. Auf das *Jus strictum* bezieht sich die Parömie: *summum jus, summa injuria*, die so oft misverstanden wird.

§. XXXIV.

Auch kommt bey der Anwendung des positiven Rechts auf vorkommende Fälle, die Rechts-Analogie (*Analogia juris*) in Betrachtung. Man versteht darunter alles das, was durch die Argumentation aus Grundsätzen des positiven Rechts entdeckt und bestimmt werden kann. Sie hat mit der willkührlichen Bestimmung selbst, aus welcher argumentirt wird, gleiche Kraft und Wirkung, und ist so verschieden, als die willkührliche Bestimmung selbst verschieden ist. Am merkwürdigsten ist jedoch die gesetzliche Analogie (*analogia legis*), die man in *analogiam a simili* und *a contrario* eintheilt.

Eigent-

Eigentliche Abhandlung.

Erster Abschnitt.

Von dem Begriff des deutschen positiven Rechts,
und der deutschen positiven Rechtswissenschaft
überhaupt,

im gleichen

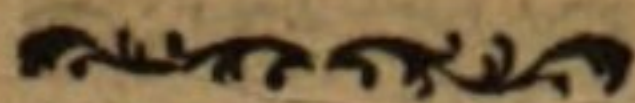
Von der Haupt-Eintheilung des deutschen
positiven Rechts.

§. 1.

Deutsches positives Recht, oder positives Recht der Deutschen (*Jus positivum Germanicum* f. *Germanorum*), heisst dasjenige, welches (nach §. XXIV. der Vorbereitungslehren) auf den deutschen Staat bezogen werden kann. Die Wissenschaft davon heisst: Deutsche positive Rechts-Wissenschaft oder positive Rechts-Wissenschaft der Deutschen (*Jurisprudentia positiva germanica* f. *Germanorum*).

§. 2.

Das deutsche positive Recht wird in das gemeine (*commune*) und besondere (*particulare*) eingetheilt, welche Eintheilung auf die ganz eigene Verfassung des deutschen Staats Rücksicht nimmt, und von der grössten Wichtigkeit ist. Das deutsche positive Recht wird in



so fern ein gemeines genannt, als dasselbe auf den deutschen Staat, wie ein Ganzes betrachtet, bezogen werden kann, ein besonderes hingegen, in so fern nur diese Beziehung auf einen einzelnen, der Reichshoheit untergeordneten Staat sich annehmen lässt ^{a)}. So wie das deutsche positive Recht selbst, eben so wird auch die deutsche positive Rechtswissenschaft in die gemeine und besondere eingetheilt.

a) Kurze Uebersicht der deutschen Staats-Verfassung zur Erläuterung dieser Begriffe.

§. 3.

Außerdem kommen noch in den Schriften der Rechtsgelehrten andere Eintheilungen des Deutschen positiven Rechts vor, z. B. in fremdes (*jus peregrinum*) und einheimisches (*domesticum*), die aber einestheils nicht aufs Ganze passen, andernteils von keinem erheblichen Nutzen sind.

Zweyter Abschnitt.

Von den Quellen des deutschen positiven Rechts.

§. 4.

Die Quellen des deutschen positiven Rechts, die jetzt genauer angegeben werden müssen, sind so verschieden, als das deutsche positive Recht nach §. 2. Es giebt folglich Quellen des gemeinen, und auch des besondern deutschen positiven Rechts. Obgleich das gemeine deutsche positive Recht bis dahin nur eigentlich einen Gegenstand academischer Vorlesungen abgiebt, mithin nur bloß die Quellen des gemeinen deutschen positi-

positiven Rechts angegeben zu werden brauchten, so wird doch die Uebersicht bequemer, wenn zugleich die des besondern deutschen positiven Rechts mit angegeben werden.

A.

Von den Quellen des gemeinen deutschen positiven Rechts.

§. 5.

Zu den Quellen des *gemeinen* deutschen positiven Rechts gehören :

I. Die Reichs - Fundamental - Gesetze (*Leges imperii fundamentales*).

II. Das Reichs - Herkommen (*Observantia imperii*).

III. Die Reichs - Gesetze (*Leges imperii*) im *weiteren* Verstande dieses Worts, welche von zwiefacher Beschaffenheit sind, als :

1) Eigentliche Reichsgesetze, oder Reichsgesetze im *engern* Verstande dieses Worts ^{b)}, die allgemeinen Rechts - Gewohnheiten, in so fern sich diese vertheidigen lassen, mit einbegriffen.

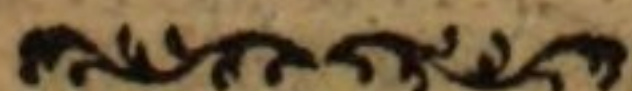
2) Uneigentliche oder fremde, vermöge der Reichs - Gesetzgebenden Gewalt in Deutschland aufgenommene Gesetze (*Leges peregrinae receptae*). Dahin gehört

a) das Corpus Juris Romani;

b) das Corpus Juris Canonici — in gewisser Rücksicht;

c) das Longobardische Lehnrecht (*ius feudale longobardicum*);

d) das Mosaische Recht — in gewisser Rücksicht.



IV. Andere vermöge der Reichshoheit erlassene, und für alle deutsche Staatsbürger verbindliche Verfügungen.

V. Allgemeine kirchliche Gesetze in Deutschland (*leges ecclesiasticae universales*), das kirchliche Gewohnheits-Recht mit einbegriffen.

VI. Verträge des deutschen Staats mit anderen auswärtigen Staaten, oder sogenannte deutsche Völkerverträge.

b) Ueber *allgemeine* Rechts-Gewohnheiten. S. *Hufeland Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften* Nr. III.

§. 6.

Außerdem müssen noch willkührliche Bestimmungen, die vermöge der Autonomie, oder aus einem andern Grunde, in Hinsicht auf eine ganze Classe von Menschen oder Sachen in ganz Deutschland gelten, als Quellen des gemeinen deutschen positiven Rechts angenommen werden. Dahingegen können Reichs-Gerichtliche Erkenntnisse sowol, als einstimmige Erkenntnisse aller Landes-Gerichte in Deutschland (wenn solches möglich seyn sollte) als *solche* nicht zu den Quellen des gemeinen deutschen positiven Rechts gerechnet werden ^{c)}.

c) J. S. *Pütter*: Ob und in wie weit Rechtsfätze aus reichsgerichtlichen Erkenntnissen behauptet werden können, in *seinen* Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrecht 2. Th. nr. 35.

B.

Von den Quellen des besondern deutschen positiven Rechts.

§. 7.

Zu den Quellen des besondern deutschen positiven Rechts gehören :

I. Die Landes - Fundamental - Gesetze (*Leges fundamentales territoriales*).

II. Das Landes - Herkommen (*observantia territorialis*).

III. Die Landesgesetze (*Leges territoriales*), welche man auch im Entgegenatz der Reichsgesetze Statuten (*statuta*) nennt ^{d)}, das Landes - Gewohnheits - Recht mit eingeschlossen.

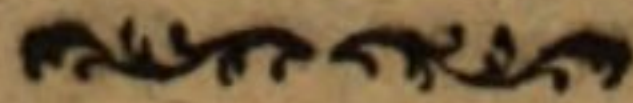
IV. Andere Anordnungen und Verfügungen, die vermöge der Landeshoheit, oder, um allgemeiner zu reden, vermöge der Reichshoheit untergeordneten Staatshoheit in Deutschland zu Stande kommen ^{e)}.

V. Besondere Kirchliche Gesetze (*Leges ecclesiasticae particulares*), die Kirchlichen besondern Gewohnheitsrechte (*consuetudines ecclesiasticae particulares*) mit eingeschlossen.

VI. Verträge einzelner deutschen Staaten mit auswärtigen oder andern ebenfalls deutschen Staaten.

d) Ueber Landes - Gewohnheits - Recht oder besonderes Gewohnheits - Recht.

e) Eine eminentere Gattung davon sind die sogenannten landesherrlichen Verordnungen, die man auch *constitutiones principum* in Nachahmung der Römer nennt. Unter einer landesherrlichen Verordnung versteht man heutiges Tages überhaupt nichts anders, als die ausdrückliche Willenserklärung eines



Landesherrn, wodurch derselbe in Ansehung seiner Unterthanen etwas verfügt, was geschehen oder nicht geschehen soll, im engern Sinne — eine Willenserklärung dieser Art, die kein Gesetz ist. Eine solche Verordnung soll nun entweder nach der ersten und vorzüglichsten Absicht des Landesherrn alle Unterthanen desselben angehen, oder nicht. Im ersten Fall wird sie eine *allgemeine*, im zweyten aber eine *besondere* landesherrliche Verordnung genannt. Die allgemeinen landesherrlichen Verordnungen heißen heutiges Tages *überhaupt* Edicte, in einigen Ländern aber auch Mandate. Rescripte aber heißen heutiges Tages nicht nur die auf Veranlassung, sondern auch aus eigener Bewegung an gewisse Personen erlassene landesherrliche Verordnungen. Landesherrliche Rescripte werden in Gemälsheit des canonischen Rechts in Gnaden- (*rescripta gratiae*) und Justizrescripte (*rescripta iustitiae*) eingetheilt. Der Unterschied zwischen beiden Arten landesherrlicher Rescripte ist nach canonischen Rechten von großer Wichtigkeit, wenn man auf den Anfang ihrer Wirkungen Rücksicht nimmt. Denn Gnadenrescripte erhalten ihre Wirkung gleich von dem Tage ihrer Ausfertigung (*a tempore datae*) an, Justizrescripte aber erst von der Zeit an, wo sie dem Richter sind vorgezeigt worden (*a tempore insinuationis*).

§. 8.

Außerdem müssen auch noch willkührliche Bestimmungen, die vermöge der Autonomie, oder aus einem andern Grunde, in Hinsicht auf eine ganze Classe von Menschen, oder Sachen, in einem einzelnen, der Reichshoheit untergeordneten Staate in Deutschland gelten, als Quellen des besondern deutschen positiven Rechts angenommen werden. Dahingegen können

Lan-

Landesgerichtliche Erkenntnisse als *solche* nicht zu den Quellen des *besonderen* deutschen positiven Rechts gezählt werden *f*).

f) J. B. Wolff *de eo quod justum est circa praejudicia*.
Altd. 1728.

Dritter Abschnitt.

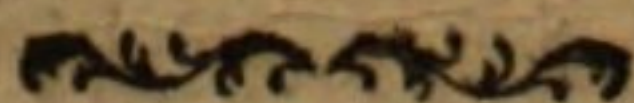
Von den Hülfsmitteln des deutschen positiven Rechts.

§. 9.

Da, wie bereits oben erinnert worden, die Quellen des besonderen deutschen positiven Rechts bloß zur Erläuterung angegeben worden, so beziehen wir uns hier bey den Hülfsmitteln bloß auf das gemeine deutsche positive Recht.

§. 10.

Zu den Hülfsmitteln des gemeinen deutschen positiven Rechts gehört 1) die Rechtsgeschichte, welche, wenn sie zweckmäßig seyn soll, nicht nur alle Quellen desselben durchgehen, sondern solche auch aus der Staatsverfassung und Entstehung derselben erläutern, demnächst aber ihren Inhalt darstellen, mithin nicht nur eine *äußere*, sondern auch *innere* Rechtsgeschichte seyn muß *g*). 2) Die Geschichte der Rechts-Dogmen (*historia dogmatum juris*), ein bisher noch gar nicht bearbeitetes Feld, dessen Cultur aber für die Jurisprudenz nicht anders als höchstgedeihlich seyn kann. 3) Die Hermeneutic, welche, wenn sie zweckmäßig seyn soll, nach voraufgeschickten allgemeinen Grundsätzen alle Quellen des gemeinen deutschen positiven



tiven Rechts durchlaufen muß ^{h)}. 4) Die Juristische Litterair-Geschichte ⁱ⁾. 5) Die Kenntniss der Sprachen, worin das gemeine deutsche positive Recht verfaßt ist, und wohin die lateinische, griechische, deutsche und französische Sprache gehören. 6) Das Studium der Alterthümer, Diplomatie, Numismatische und Heraldie. 7) Die Reichsgeschichte ^{k)} sowol als die Geschichte einzelner deutschen Staaten, und selbst die der auswärtigen Staaten, in so fern Deutschland dabey interessirt ist. 8) Die Kirchengeschichte ^{l)}.

g) Eine Rechtsgeschichte dieser Art hat Herr Professor *Hugo* an seinem *Lehrbuch der Rechtsgeschichte* in Rücksicht auf das Römische Recht geliefert.

h) *Eckardts Hermeneutica juris* mit *Walchs* Anmerkungen, will eigentlich gar nichts bedeuten, und verhält sich zu einer vollständigen Hermeneutic wie eine bloße Uebung zu einem ausgearbeiteten Werke.

i) Auch hier fehlt es noch an einem Werke, das sich über das Ganze erstreckt. Gute Anleitung dazu geben die Lehrbücher der Litterair-Geschichte von *Nettelbladt* und *König*.

k) An einem für den Rechtsgelehrten brauchbaren Lehrbuch sowol als Handbuch der Reichsgeschichte fehlt es wirklich noch bis dahin, so viele gelehrte Arbeiten dieser Art wir auch immer besitzen mögen. Ich bin von jeher zu sehr davon überzeugt gewesen, und bin es auch noch, daß unsere Historiker den jungen angehenden Rechtsgelehrten mehr verderben als aufhelfen. Die Reichsgeschichte kann nur dann für den Juristen nützlich seyn, wenn sie in der Gestalt einer historischen Entwicklung der deutschen Staatsverfassung mit Hinweglassung alles unnützen,
nicht

nicht zur Sache gehörigen, wenn gleich geschichtlichen, vorgetragen wird. Man lasse sich doch die vortreffliche *Pütterfche Historische Entwicklung der deutschen Staatsverfassung* hierin zum Muster dienen.

- 1) Wie nützlich sowol als nothwendig den Rechtsgelehrten die Kirchengeschichte sey, haben schon andere längstens gezeigt. *S. Glück praecognita Jur. eccles. p. 131 seq.* — Und doch fehlt es noch an einem zweckmäßigen Lehrbuche zum Unterricht für Rechtsgelehrte, das freylich ganz anders beschaffen seyn muß, als ein Lehrbuch, nach welchem den Theologen Unterricht ertheilet werden soll.

§. 11.

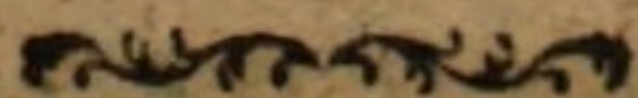
Von allen diesen Hülfsmitteln ist die Rechtsgeschichte darum das unentbehrlichste, weil ohne dieselbe in dem Studium des Rechts selbst gar keine Fortschritte gemacht werden können, daher sie auch zu Anfang und unmittelbar nach den ersten Principien gelehrt werden muß.

§. 12.

Die übrigen Hülfsmittel gehen den Vorlesungen über die eigentlichen Theile der Jurisprudenz, wovon nachher, zur Seite, und die Hermeneutic kann erst nach beendigtem juristischen Cursus erlernet werden.

§. 13.

Das natürliche Recht, welches man sonst auch noch als Hülfsmittel des deutschen positiven Rechts anzuführen pflegt, kann vermöge des richtigeren Begriffs von einem Hülfsmittel einer Wissenschaft nicht hieher gerechnet werden, sondern es läßt sich von demselben bloß annehmen, daß es zu dem deutschen positiven
Recht



Recht in eben dem Verhältnisse stehe, wie das natürliche Recht zu dem positiven Rechte eines Staats überhaupt; daß es folglich dasselbe erläutern, und in gänzlicher Abwesenheit desselben auch in Deutschland als die alleinige Entscheidungsquelle angenommen werden müsse.

Vierter Abschnitt.

Von dem heutigen Gebrauch der Quellen des deutschen positiven Rechts, und dem Vorzug derselben unter einander im Fall des Widerspruchs.

§. 14.

Die oben im *Allgemeinen* dargestellten Quellen des gemeinen deutschen positiven Rechts, (*deren weitere Entwicklung in der Rechtsgeschichte hier nun schon vorausgesetzt wird,*) haben zum Theil heutigen Tages ihren Gebrauch in Deutschland verlohren, zum Theil stehen sie auch mit einander so im Widerspruch, daß es unmöglich ist, von allen Anwendung zu machen, sondern es muß eine Quelle schlechthin der anderen vorgezogen werden, wenn überhaupt davon Gebrauch gemacht werden soll. Die Theorie von dem heutigen Gebrauche der Quellen des gemeinen deutschen positiven Rechts, und ihrem Vorzug im Falle des Widerspruchs unter einander, ist daher eine der wichtigsten für den angehenden Rechtsgelehrten, und läßt sich am besten so entwickeln, daß beide Punkte neben einander abgehandelt werden.

§. 15.

§. 15.

Bey dieser Theorie kommen *zuvörderst* die Reichs-Fundamental-Gesetze, wohin die Wahl-Capitulationen der deutschen Kaiser, die Goldene Bulle, der Westphälische Frieden, in so fern solcher als Reichs-Fundamental-Gesetz angesehen werden mag, die zwischen dem Kaiser und Pabst abgeschlossenen Verträge oder Concordaten, imgleichen das allen diesen zur Seite stehende Reichsherkommen in Betrachtung. Von der heutigen Anwendung und Gültigkeit aller dieser Fundamental-Gesetze kann jedoch hier nicht alles erschöpft werden, sondern es muß vieles den Vorkenntnissen einzelner Theile der Jurisprudenz aufgespart werden.

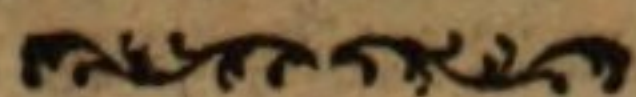
§. 16.

Unter den vielen, seit Deutschland ein Wahlreich ist, nach und nach gefertigten Wahl-Capitulationen, ist eigentlich die neuere den ältern allemal vorzuziehen. In der Wahlcapitulation selbst aber haben nur diejenigen Stellen verbindliche Kraft, welche nicht als *passus contradicti cum effectu* betrachtet werden *m)*.

m) Schriften über diesen Gegenstand findet man in *Pütters Litteratur des deutschen Staatsrechts* 3. Th. §. 877. und *Klübers Fortsetzung* ad h. §.

§. 17.

Von der goldenen Bulle gelten *viele Stellen* nicht mehr, eines Theils darum, weil sie nie zur Anwendung in Deutschland gekommen sind, andern Theils deswegen, weil sie nicht mehr auf unsere Verfassung passen. *Andere* werden zwar noch befolgt, aber nicht so
abso-



absolut nothwendig, als sie die goldene Bulle vorschreibt ⁿ⁾).

ⁿ⁾ Schriften über diesen Gegenstand sehe man bey *Pütter a. a. O.* §. 880. und *Klüber ad h.* §.

§. 18.

Von voller Anwendbarkeit dagegen ist der Westphälische Friede, in so fern er als Fundamental - Gesetz des deutschen Reichs betrachtet werden kann, obgleich auch hier durch schiefe Auslegungen zuweilen ganze dem wahren Inhalt desselben entgegenstehende Sätze aufgestellt werden.

§. 19.

Uebrigens gibt unter den Reichs - Fundamental - Gesetzen *im Fall des Widerspruchs* nach der *allgemeinen Regel: Lex posterior derogat priori*, das neuere Reichs - Fundamental - Gesetz den Ausschlag. — Und vermöge eben dieser Regel muß auch das neuere Reichsherkommen allemal dem ältern vorgezogen werden ^{o)}).

^{o)} *Pütter Litteratur des deutschen Staatsrechts* §. 887.

§. 20.

Von den Fundamental - Gesetzen kommen wir zu den Reichsgesetzen, die oben in *eigentliche* und *uneigentliche* eingetheilt worden sind. —

§. 21.

Der heutige Gebrauch aller und jeder eigentlichen deutschen Reichsgesetze muß so lange vertheidiget werden, als ihr Nichtgebrauch nicht *besonders* dargethan werden kann; es wäre denn, daß ihr Gegenstand aus der Staatsverfassung bereits verbannt wäre, oder sie überhaupt

haupt wegen veränderter Lage der Dinge, durch Nothwendigkeit ihren Gebrauch verlohren hätten. Uebrigens aber ist es ungereimt, die Gültigkeit der deutschen Reichsgesetze nur bis auf ein gewisses Zeitalter hinauf vertheidigen zu wollen.

§. 22.

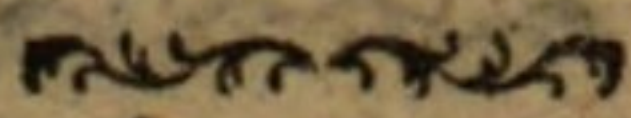
Einige Reichsgesetze, z. B. der Landfrieden, die Peinliche Halsgerichtsordnung Carls des V, die Cammergerichts - und Reichshofraths - Ordnung, verdienen jedoch in diesem Betracht noch näher erwogen zu werden, indem bey ihnen nicht sowol die Gültigkeit im Ganzen, als vielmehr einzelner Stellen derselben in Betrachtung kommt *p*).

p) Die weitere Ausführung davon gehört in die Theile der Jurisprudenz, wo besonders diese Gesetze gebraucht werden müssen.

§. 23.

Unter den uneigentlichen Reichsgesetzen verdient hier zuerst das Römische Recht *in engerer Bedeutung*, oder sogenannte *Corpus Juris Romani*, unsere ganze Aufmerksamkeit. Es ist solches *in Subsidium* in Deutschland recipirt, das heist, ohnbeschadet der zur Zeit der Aufnahme noch wirklich geltenden deutschen Gesetze *q*). Ehe wir zur Sache selbst schreiten, wird es nöthig seyn, von der Reception noch das nöthige voraufgehen zu lassen.

q) *R. H. O. Tit. 7. §. 24.* „So sollen auch unsere Kaiserliche Wahlcapitulation, alle Reichsabschied, Cammergerichts - Ordnung, Münster - und Osnabrückfcher Friedensschluss, Reichsmatricul, Concordata Nationis Germanicae, Corpus Juris Civilis et Canonici,



und der Stände Privilegia auf der Reichs-Hofraths-Tafel, damit man sich deren im Zweifelhaften gebrauchen könne, stets vorhanden seyn, und von selbiger nicht verrückt werden. R. H. O. T. 2. §. 15. Sodann zuvörderst unser Kaiserliche Wahlcapitulation, Religion- und Profanfrieden, und den jüngsten Münster- und Osnabrückischen Friedensschluss etc., wie auch jedes Standes, Landes, Orts, und Gerichts, sonderlich die gebührlich allegirte, und probirte Privilegien, gute Ordnungen und Gewohnheiten, und in Mangel derselben *die Kaiserliche Rechte* etc. in Acht nehmen.

§. 24.

Zu den in Deutschland *überhaupt* recipirten Theilen des Römischen Rechts, *in der weiteren Bedeutung* dieses Worts, gehören überhaupt nur 1) die Institutionen des Kaisers Justinians, 2) die Pandecten, 3) der Codex repetitae praelectionis, und 4) die Novellen, welche das Römische Recht in der *engeren* Bedeutung ausmachen; mithin mangelt die gesetzliche Auctorität 1) den Ueberbleibseln der zwölf Tafel-Gesetze, 2) den Fragmenten der älteren Juristen, die nicht in die Pandecten aufgenommen sind; 3) demjenigen, was von dem Edicto perpetuo, imgleichen von dem Gregorianischen und Hermogenianischen Codex auf unsere Zeiten gekommen ist; 4) dem Theodosianischen Codex, und 5) dem ganzen sogenannten Postjustinianeischen Recht, als da sind die Novellen des Kaisers Justinus II, die Constitutionen des Tiberius, die Basiliken, die Novellen des Kaisers Leo ¹), die sogenannten 13 Edicte des Kaisers Justinians, und verschiedene Novellen desselben. Zu läugnen ist jedoch nicht der wichtige Einfluss, den diese nicht recipirte

cipirte Theile des Römischen Rechts auf die recipirten haben ^s).

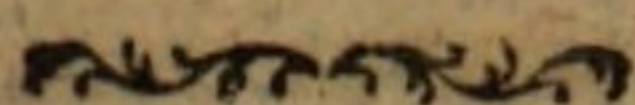
r) Casp. Achat. *Beck de Novell. Leonis earumque Usu et auctoritate* L. S. ex edit. et cum annotat. C. F. Zepernick, Hal. 1779.

s) Von dem wichtigen Einfluß dieser nicht recipirten Theile des Römischen Rechts, besonders der *Basiliken*, in den Vorlesungen.

§. 25.

Aber auch die Gesetze, die in dem Römischen Recht in der *engeren* Bedeutung dieses Worts, oder in den *überhaupt* recipirten Theilen des Römischen Rechts enthalten sind, haben nicht alle verbindende Kraft. So fehlt nemlich diese den in dem Codex und Pandecten von Cujaz und anderen Rechtsgelehrten hergestellten Gesetzstellen, ferner den Avthentiken aus den Novellen, in so fern man sie für sich bestehend betrachtet ^t). So macht ferner die allgemein anerkannte Regel: *quicquid Glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*, viele sonst ganz gut anzuwendende Gesetzstellen in den recipirten Theilen des Römischen Rechts unbrauchbar; nicht darum, als wenn die Anmerkungen des Accursius und seiner Vorgänger gesetzliche Kraft hätten, oder weil die Glossatoren es hätten bestimmen können, welche Gesetze gelten sollten, und welche nicht, sondern darum, weil die Glosse zum Wegweiser dient, welche Verordnung der Römische Rechtskörper derzeit, als er in Deutschland recipirt wurde, in sich gefaßt habe, indem sich hierauf die Reception, und mithin auch die verbindende Kraft der Römischen Gesetze beschränkt ^u).

t) Conr. *Rittershus* in *Comment. ad Novell.* p. 12. c. 4. nr. 8. empfiehlt daher folgende ganz richtige



Regel: *Quotiescunque Authentica discrepat a Novella, ex qua desumpta, toties magis standum est Novellae, quam Authenticae.* Ganz andre Grundsätze gelten von den *Authentiken* Kaisers Friedrich I, weil sie keine Privat-Arbeiten sind, sondern auf ausdrücklichen Befehl dieses Kaisers dem Römischen Rechtskörper sind einverleibt worden.

- u) Vergleiche A. D. *Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts.* Schwerin, Wismar und Bützow, 1782. §. 14.

§. 26.

Bey den nun wirklich recipirten Theilen des Römischen Rechts kommt es wieder auf eine gedoppelte Frage an, nemlich: 1) Was ist im Fall des Widerspruchs zwischen den verschiedenen Theilen des aufgenommenen Römischen Rechts anzunehmen? 2) Kann von allen darin befindlichen Stellen noch heutiges Tages Gebrauch gemacht werden?

§. 27.

Die *erste* Frage muss dahin beantwortet werden, dass 1) die Novellen allen übrigen als neuere Gesetze derogiren müssen, 2) der Codex den Pandecten und Institutionen vorzuziehen ist, dahingegen 3) die Institutionen und Pandecten, weil sie zu gleicher Zeit gesetzliche Kraft erhalten haben, einander eigentlich nicht derogiren können ^v). Weil jedoch unter ihnen zuweilen ein Widerspruch herrscht, so hat man den Satz angenommen: dass in der Regel die Pandecten als Original den Vorzug behalten müssen, wenn nicht deutlich hervorgeht, dass man in den Institutionen von den Pandecten habe abweichen wollen. Beyspiele davon geben L. 7.

§. 7.

§. 7. *D. de acquir. rer. dominio*, und §. 25. *J. de rer. divis.*, ferner §. 7. *J. ex quib. caus. manum.* und L. 9. *11. D. de manum. vind.*

v) C. F. Walch *Contr. jur. civil.* (edit. noviss.) p. 7.

§. 28.

Die zweyte oben aufgeworfene Frage muss zwar im allgemeinen mit Ja beantwortet werden, jedoch unter folgenden Einschränkungen.

§. 29.

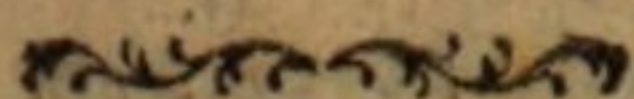
I.) *Alle Stellen des Römischen Rechts, welche keine wirkliche gesetzliche Verfügungen enthalten, verbinden uns gar nicht, sondern es steht uns frey, nach eigener Ueberzeugung davon abzugehen, und etwas anderes anzunehmen, ja wir sind dieses sogar zu thun schuldig.* Aus diesem Grunde sind wir an den im Römischen Recht vorkommenden Worterklärungen, Definitionen, (es wäre denn, dass sich darauf Rechtsätze selbst begründeten,) Eintheilungen, allgemeinen Grundsätzen, Cautelen etc. — kurz an allen dogmatischen darin vorkommenden Sätzen nicht gebunden.

§. 30.

Vermöge dieses Grundsatzes brauchen wir uns auch nicht an das darin herrschende Rechtssystem zu kehren, das zudem so wenig nach richtiger Philosophie schmeckt, als auf unsere Verfassung passt.

§. 31.

Von den vielen im Römischen Rechte befindlichen für uns unbrauchbaren Wort-Erklärungen und Eintheilungen, sind besonders folgende merkwürdig:



- 1) Die verschiedenen Bedeutungen des Worts — *Jus* ^x).
- 2) Die Begriffe vom *Jus naturae, gentium et civile* ^y).
- 3) Der Begriff von der Jurisprudenz ^z).
- 4) Der Begriff vom *Lex* ^a).
- 5) Die Eintheilung des Rechts in *Jus publicum* und *privatum* ^b).

Dahingegen aber haben wir andere nicht nur aufgenommen, sondern sie sind auch allgemein üblich geworden ^c).

x) *L. 9. D. de LL. Non ambigitur senatum Jus facere posse. L. 11. D. de Justitia et Jure. Jus pluribus modis dicitur. Uno modo cum id quod semper aequum et bonum est, Jus dicitur, ut est Jus naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile. Nec minus jus recte appellatur in civitate jus honorarium. Praetor quoque Jus reddere dicitur, etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta, non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione Jus dicitur locus in quo Jus redditur: appellatione collata ab eo, quod fit in eo ubi fit: quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque praetor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum, jus dicere constituit, is locus jus recte appellatur. L. 12. D. eod. Nonnunquam Jus etiam pro necessitudine dicimus, veluti est mihi jus cognationis vel affinitatis. L. 10. D. eod. L. 86. D. de V. S. Quid aliud sunt Jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo. L. 13. C. de Rei vindicat. Ordinarii Juris est, ut Mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis Mancipiis de possessione judicetur etc. L. 5. §. 1. L. 24. D. de his quae ut indignis. L. 10. D. si servus vindicetur. L. 1. D. quibus modis ususfr. amittit.*

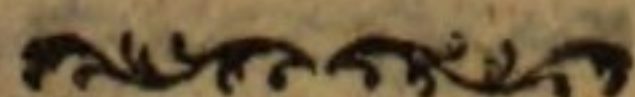
Ave-

Averanius in interpretat. Juris L. 1. C. 14. Nr. 24. 25.
L. 10. D. de capite minut. L. 27. §. 2. D. de pactis.
In stipulationibus *jus* continetur, in pactis *factum*
versatur.

γ) L. 1. §. 3. 4. D. de Just. et Jur. *Jus naturale est quod
natura omnia animalia docuit*, nam *jus* illud non hu-
mani generis proprium est, sed omnium animalium,
quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascun-
tur. Hinc descendit maris et foeminae conjunctio,
quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum
procreatio, hinc educatio: videmus enim caetera
quoque animalia istius Juris peritia censer. §. 1. *Jus*
autem *civile* a *Jure gentium* distinguitur, quod omnes
populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo
proprio, partim communi omnium hominum *Jure*
utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi *Jus*
constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocatur-
que *Jus civile*, quasi *jus proprium* ipsius civitatis.
Quod vero naturalis ratio inter omnes homines con-
stituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocatur-
turque *Jus Gentium*, quasi quo *jure* omnes Gentes
utantur. L. 1. §. 3. 4. D. de J. et J. L. 2. 3. eod.
Seneca de benefic. L. IV. C. 1. *Cicero de Officiis*
L. 1. C. 4.

z) L. 1. §. 2. D. de J. et J. *Jurisprudentia est divina-
rum atque humanarum rerum notitia, justī atque in-
justī scientia.*

a) L. 1. D. de LL. *Lex est commune praeceptum, vi-
rorum prudentium consultum: delictorum quae
sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio: com-
munis reipublicae sponsio.* — Auch den wirklich
nach der Römischen Verfassung richtigen Begriff
vom *Lex* §. 4. *J. de Jur. Nat. Gent. et civil.* — *Lex*
est quod populus romanus, senatorio magistratu in-
terrogante, veluti consule constituebat, können wir
nicht gebrauchen, weil er nicht auf unsere Verfas-
sung paßt.



- b) L. 1. §. 2. D. de Justit. et Jur. *Publicum Jus* est, quod ad statum rei romanae spectat; *privatum* quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. *Publicum jus* in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Zu bewundern ist es, daß einige unserer neueren Rechtslehrer noch so sehr an dieser Eintheilung, der es doch an aller logischen Richtigkeit gebricht, hängen.
- c) z. B. die Eintheilung des Rechts in *jus scriptum* und *non scriptum*, über deren eigentlichen Bedeutung man selbst noch nicht einig ist. S. Glück ausführliche Erläuterung der Pandecten 1. Th. §. 82. Die vorzüglichsten Stellen, worauf es hier ankommt, sind §. 3. J. de Jur. Nat. Gent. et Civil. *Scriptum jus* est lex, plebiscitum, senatus consultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum. §. 9. J. eod. *Sine scripto Jus venit*, quod usus approbavit: nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur. L. 35. D. de LL. Sed et ea quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut *tacita civium conventio*, non minus quam ea quae scripta sunt *Jura* servantur. — Ferner — das sogenannte *Jus singulare*, das aber sehr schlecht definirt wird. L. 16. D. de LL. „*Jus singulare* est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium introductum est.„

§. 32.

II.) Diejenigen Verordnungen des Römischen Rechts, welche sich auf bloß römische, in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich bey uns keine Anwendung. Dahingegen macht eine jede entfernte oder gelegentliche Verbindung des Gesetzes mit Römischen Gebräuchen dasselbe nicht gleich unanwendbar.

§. 33.

§. 33.

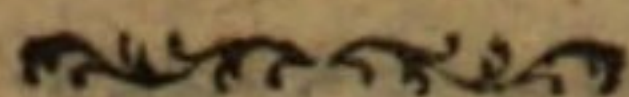
Diesem zur Folge ist von den Römischen Verordnungen vom Gewohnheitsrecht, Constitutionen der Kaiser ^{d)}, von den Rechten der Municipien, Collegien und Corporum etc. (in so fern sie sich bloß auf die Staatsverfassung begründen), von öffentlichen Aemtern, Würden, Ständen und deren Gerechtsamen, Hoheitsrechten und deren Ausübung ^{e)}, heutiges Tages kein Gebrauch zu machen. Von allen auf die Römische Staats-Verfassung sich beziehenden Rechtsätzen wenden wir bloß noch utiliter diejenigen an, welche in Ansehung des Fiscus etwas verfügen.

d) Das Wort *Consuetudo* kommt in dem Römischen Rechtskörper unter mancherley ganz heterogenen Bedeutungen vor. Vergleiche *Brissonus tr. de V. S. voc. consuetudo*. Dafs die Römischen Begriffe von Gewohnheit — für Gewohnheitsrecht genommen, bey uns nicht mehr angenommen werden können, in so fern dabey auf die Verfassung des Römischen Staats ist Rücksicht genommen worden, ergiebt sich aus der Natur der Sache, weil die Römische Staats-Verfassung auch nicht die mindeste Aehnlichkeit mit der unsrigen hat, bey dergleichen Dingen aber durchaus die Staatsverfassung berücksichtigt werden muß.

e) Ueber die hieher gehörigen Gesetze in den Vorlesungen.

§. 34.

Ein gleiches gilt von den Gesetzen, welche sich auf den Römischen Proceß, Betreibung der rechtlichen Geschäfte vor Gericht, und auf die bey den Römern üblichen rechtlichen Geschäfte dergestalt beziehen, dafs sie genau mit diesen zusammenhängen, und der Grund



des Gesetzes allein auf diesen uns unbekannten Instituten beruht f).

f) Ueber die hieher gehörigen Gesetze ebenfalls in den Vorlesungen.

§. 35.

III.) *Ein grosser Theil der in dem Römischen Rechtskörper befindlichen Gesetze muss in einer veränderten und der heutigen Verfassung angemessenen Art angewendet werden, bey welcher Anwendung man sich jedoch nicht genug für Irrthümer hüten kann g).*

g) Beyspiele von solchen Anwendungen in den Vorlesungen.

§. 36.

Von dem Römischen Recht gehen wir zu dem Canonischen über, in so fern die darin befindlichen Gesetze als *weltliche* Gesetze betrachtet werden können, oder wenn sie gleich auf Religion und Gottesdienst eine Beziehung haben, doch auch auf weltliche Geschäfte angewendet werden können. Da das Canonische Recht in Deutschland ebenfalls *in subsidium* recipirt ist, so bedarf es kaum der Erinnerung, dass das canonische Recht den Reichsgesetzen nachstehen müsse. Nur die Fragen: wie verhält sich das Canonische Recht zu dem Römisch-Justinianischen? — welches ist die Rangordnung der Theile desselben unter einander im Fall des Widerspruchs? und endlich, wie weit erstreckt sich der heutige Gebrauch desselben? bedürfen noch einer näheren Erläuterung.

§. 37.

Was zuvörderst die Frage betrifft: *Wie verhält sich das Canonische Recht zu dem Römisch-Justinianischen?* so ist

ist diese von jeher streitig gewesen. Die Trüglichkeit der gemeinen Regel: *dass das canonische Recht dem römischen in allen Fällen vorzuziehen sey*, haben neuere Rechtslehrer an mehreren auffallenden Beyspielen gezeigt. Soviel bleibt ausgemacht, dass aus der Reception der Vorzug des einen oder des anderen Rechts sich nicht vertheidigen lässt, sondern alles dabey auf den Gerichtsbrauch ankommen müsse, welcher ohnedem in Hinsicht auf die heutige Anwendbarkeit beider Rechte so mancherley abgeändert hat ^{h)}.

h) Vergleiche *Glück Erläuterung der Pandecten* 1. Th. §. 77. folg. *Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener mehrentheils noch unentschiedenen Rechtsmaterien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrheit*, Rost. und Leipz. 1787. Nr. LIII.

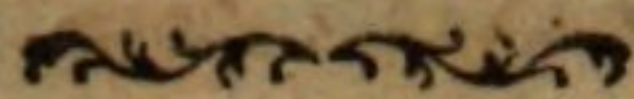
§. 38.

Die zweyte Frage: *Welches ist die Rang-Ordnung der Theile des Canonischen Rechts unter einander im Fall des Widerspruchs?* muss dahin beantwortet werden, dass allemal die spätere Sammlung der früheren vorzuziehen sey. Eine Ausnahme findet jedoch bey den *Extravagantibus communibus* statt, welche nicht nach dem Platz, welchen sie im Corpus Juris Canonici einnehmen, sondern nach der Zeit, wo sie gegeben wurden, beurtheilt werden müssen. Sind daher die widersprechenden Stellen von einem verschiedenen Alter, so muss die neuere Stelle den Vorzug erhalten ⁱ⁾.

i) Vergleiche *Glück praecognita uberiora Jurisprudentiae ecclesiasticae* §. 79.

§. 39.

Belangend endlich die dritte Frage: *Wie weit erstreckt sich der heutige Gebrauch des canonischen Rechts?*
so



so läßt sich diese nicht *allgemein* beantworten, sondern es muß in einzelnen Theilen der Jurisprudenz bey den dahin gehörigen Materien bemerkt werden, welche Gesetze noch geltend sind, und welche nicht. Bloß soviel läßt sich hier im allgemeinen angeben, daß 1) alle Gesetze des canonischen Rechts, die eigentlich weltliche Gegenstände betreffen, bey den Protestanten in so fern unanwendbar sind, als sie unmittelbar auf catholischen Religions-Principien beruhen, es wäre denn, daß sie aus einem besondern Grunde beybehalten worden wären. Ferner 2) daß auch denjenigen Gesetzen der Gebrauch ganz abgesprochen werden muß, die Verfügungen enthalten, so der Staatshoheit zum Nachtheil gereichen ^k).

k) Glück a. a. O. §. 56.

§. 40.

In Ansehung des Longobardischen Lehnrechts steht zuvörderst das Principium fest: daß nur die *Capitula ordinaria* gesetzliches Ansehen bey uns haben, nicht aber die *extraordinaria*. Uebrigens können aber von den Capitulis ordinariis auch nur diejenigen Stellen heutiges Tages zur Anwendung kommen, die sich nicht bloß auf italiänische den deutschen ganz unbekannte Institute beziehen ^l).

l) Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts §. 28 seq.

§. 41.

Das Mosaische Recht ist nur in Deutschland in so fern recipirt, als es a) wirkliche gesetzliche Anordnungen, und b) solche enthält, die sich nicht unmittelbar

bar

bar auf die Staatsverfassung und Religion der Juden begründen. Zudem ist demselben vermöge der Idee eines Göttlichen Rechts in manchen Fällen der Vorzug vor dem römischen und canonischen Recht beygelegt worden.

§. 42.

Von den Reichsgesetzen wenden wir uns zu den allgemeinen kirchlichen Gesetzen in Deutschland, die nach Verschiedenheit der Kirchen in Römisch-Catholische und Protestantische allgemeine kirchliche Gesetze eingetheilt werden.

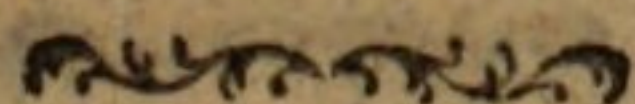
§. 43.

Unter den A) Römisch-Catholischen Kirchen-Gesetzen kommt hier zuvörderst das *Corpus juris canonici* in Betrachtung, dessen allgemeiner Gebrauch bey den Catholiken noch in so weit vertheidiget werden muß, als demselben nicht durch neuere Kirchengesetze, namentlich durch das Tridentinische Concilium, derogirt worden ist. Von dem Vorzug einzelner Theile des canonischen Rechts unter einander, gilt übrigens eben das, was bereits oben davon bemerkt worden.

§. 44.

Von den Concilien-Schlüssen haben einige noch gesetzliche Kraft, andere nicht mehr, wovon in den Vorbereitungslehren des Kirchenrechts das weitere bestimmt werden muß. Einen vorzüglichen Gebrauch gewährt das Concilium zu Constanz und Basel, das fünfte Lateranensische und das Tridentinische Concilium, durch welches letztere besonders dem canonischen Recht in so vielen Stücken ist derogirt worden, obgleich sich kei-

neswe-



nesweges die Annahme desselben in allen deutschen Provinzen Catholischer Religion vertheidigen läßt ^m).

m) Glück Praecognita uberiora universae Jurisprudentiae ecclesiasticae positivae Germanorum, §. 69.

§. 45.

Was die sogenannten *Declarationes Concilii Tridentini* betrifft, so läßt sich deren Gültigkeit in Deutschland nur unter gewissen Einschränkungen behaupten ⁿ).

n) Glück l. c. §. 71.

§. 46.

Was die Päpstlichen Canzley-Regeln (*Regulae cancellariae Pontificiae*) und Bullen (*Bullae Papales*) betrifft, so kann die gesetzliche Kraft der ersteren in Deutschland nicht anders als vermöge einer bestimmten Aufnahme in einer oder der andern Diöces behauptet werden. Und in Ansehung der letztern gilt der Grundsatz, daß sie ohne Genehmigung des Kaisers und Reichs keine Auctorität haben.

§. 47.

Daß übrigens auch in Ansehung dieser kirchlichen Gesetze, die Regel: *Lex posterior derogat priori* gelten müsse, bedarf keiner weitem Erinnerung.

§. 48.

In Hinsicht *B)* auf die allgemeinen protestantischen Kirchengesetze, unter welchen freylich das *Corpus juris canonici* obenan steht, können folgende generelle Grundsätze angenommen werden. 1) Das *Corpus juris canonici* ist nur in so fern bey den Protestanten im Gebrauch, als es nicht Grundsätze enthält, die der Religions-Verfassung

fung der Protestanten zuwider find, (wodurch freylich die meisten Verordnungen desselben unbrauchbar gemacht werden,) und demselben nicht durch eigene Protestantische Kirchengesetze derogirt worden ist. Uebrigens gibt es jedoch Gesetze des canonischen Rechts, die bey den Protestanten *utiliter* angewendet werden, obgleich sie eigentlich auf catholischen Religions - Grundsätzen beruhen.

§. 49.

Die Schlüsse des *Corporis evangelicorum* haben, in so ferne sie zu den kirchlichen Gesetzen gerechnet werden, völlig verbindende Kraft, und zwar so, dafs sie allen übrigen Quellen des protestantischen Kirchenrechts vorgehen ^{o)}.

o) Glück l. c. p. 128.

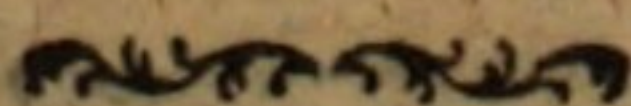
§. 50.

Wegen der übrigen allgemeinen protestantischen kirchlichen Gesetze, z. B. der Symbolischen Bücher etc. bleibt hier die speciellere Ausführung um deswillen billig weg, weil davon in den Vorlesungen über das Kirchenrecht ausführlicher gehandelt werden mufs, indem hier nicht alles das, was zur Untersuchung sowohl ihrer Gültigkeit, als ihres heutigen Gebrauchs nothwendig ist, angegeben werden kann.

§. 51.

Von den kirchlichen Gesetzen sollten wir nun billig auf die Völker-Verträge der Deutschen, deren heutige Gültigkeit und Verbindlichkeit, übergehen, wenn nicht diese Lehre wegen ihres genauen Zusammenhangs mit den Wahrheiten des deutschen Völkerrechts selbst bis dahin ausgesetzt bleiben müfste.

Fünf-



Fünfter Abschnitt.

Ueber die wissenschaftliche Behandlungsart und das Studium des deutschen positiven Rechts.

§. 52.

Das deutsche positive Recht hat nicht nur eine grössere Menge von Quellen, als irgend ein positives Recht eines Staats, sondern es laufen auch diese Quellen in vielen Fällen einander zuwider, und sind überdem zum Theil an und für sich schon ganz unbrauchbar, zum Theil aber haben sie auch nur zufällig ihren Gebrauch verlohren. Natürlich muß daher die wissenschaftliche Behandlung desselben weit schwieriger, als die irgend eines positiven Rechts eines Staats werden, und noch ist der Gesichtspunct nicht gefasst, von welchem solche mit glücklichem Erfolge ausgehen könnte, so viele misgerathene Versuche auch deshalb gemacht worden *p)*.

p) Kritik dieser Versuche in den Vorlesungen.

§. 53.

Die einzige meiner Einsicht nach nur mögliche Art das deutsche positive Recht wissenschaftlich zu behandeln, und die Jugend darin zweckmässig zu unterrichten, ist die, daß

A) zuvörderst die oben angenommenen Theile des positiven Rechts eines Staats dabey sowol angenommen werden, als auch die Eintheilung der Rechtsgelahrtheit in die theoretische und praktische zum Grunde gelegt werde.

B) Daß mit Absonderung des älteren, heutigen Tages unbrauchbaren Rechts, bloß das noch geltende deut-

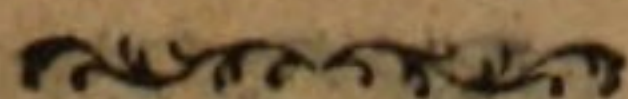
deutsche positive Recht abgehandelt werde, wobey freylich auf nichts mehr, als auf unsere deutsche Staatsverfassung Rücksicht genommen und darnach das Ganze geformt werden muß.

§. 54.

Das Studium des deutschen positiven Rechts muß am meisten durch die bessere Ausbildung der Anfangs-Collegien aufgeholfen und dem Anfänger erleichtert werden. Unter den Anfangs-Collegien muß die Rechtsgeschichte das vorzüglichste bleiben, die mit Alterthümern, Kirchen- und Staatsverfassung in so weit verwebt werden muß, daß der angehende Rechtsgelehrte — besonders mit den Gesetzbüchern des *Römischen* und *Canonischen* Rechts mehr vertraut wird, als bey der bisherigen fehlerhaften Lehrart geschehen kann, wo so wenige eine Kenntniß der Gesetze erhalten können.

§. 55.

Da bey dem §. 53. Nummer A. zum Grunde gelegten Arrangement der Theile des positiven Rechts, der bisher unter dem Namen des *Lehnrechts* bekannte Theil des deutschen positiven Rechts, grösstentheils im Civilrecht, und der Ueberrest im Staats- und Kirchenrecht seinen Platz angewiesen erhält, so können die Anfangs-Collegien allerdings eine weitere Ausdehnung sowol erhalten, als auch die Vorlesungen überhaupt gegen das Ende des Cursus noch mit einer *Hermeneutic* über das Ganze vermehrt werden, — ein Collegium, das, so unentbehrlich es für den Rechtsgelehrten ist, noch auf keiner Academie zweckmäfsig gelesen wird.



§. 56.

Das Studium des gemeinen deutschen positiven Rechts wird nach diesem Arrangement bey einem jezt fast allgemein üblichen zweyjährigen Cursus nun auf folgende Art am zweckmäfsigsten eingerichtet werden können.

Erstes Semester.

- 1) Einleitung in die positive Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte.
- 2) Civilrecht (*genereller Theil*).

Zweytes Semester.

- 1) Civilrecht (*specieller Theil*).
- 2) Staats- und Völkerrecht der Deutschen.

Drittes Semester.

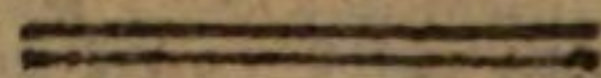
- 1) Criminalrecht.
- 2) Kirchenrecht.

Viertes Semester.

- 1) Practische Rechtsgelahrtheit.
- 2) Hermeneutic.
- 3) Juristische Litterairgeschichte.

§. 57.

Das dem ganzen Cursus voraufgehende Naturrecht kann ganz füglich mit dem Europäischen Völkerrecht verbunden werden.



A n h a n g

der Einleitung in die deutsche positive Rechtswissenschaft.

Die in den Vorbereitungslehren §. XII. folg. entwickelten allgemeinen Grundsätze von den Gesetzen, deren Promulgation, verbindenden Kraft u. f. w. sind auch in Deutschland *allgemein* angenommen worden, aufser dafs schiefe Ideen der Rechtslehrer Grundsätze, die ihnen entgegen sind, in einigen Puncten auf die Bahn gebracht haben, die noch bis dahin aus der Jurisprudenz nicht haben verdrängt werden können. Denn so hat

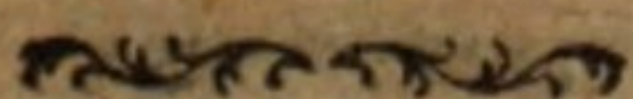
I.

Die *unrichtige* Anwendung der Römischen und Canonischen Gesetze vom Gewohnheits-Recht, die älteren Juristen zu einer ganz hirnlosen Theorie des Gewohnheitsrechts verleitet, die auch die neueren noch keinesweges gereiniget haben, obgleich ihre Bemühungen nicht zu verkennen sind *).

*) Vergleiche *Glück Erläuterung der Pandecten* Th. I. §. 86. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

II.

Ist die in dem Römischen Rechtskörper von der Unwissenheit des Rechts enthaltene Theorie *) noch
bey



bey uns *auch da* in Anwendung, wo sie doch wegen der fehlenden Promulgation, sowol des römischen als canonischen und anderer Gesetze, oder doch wenigstens einer *unrichtigen* Promulgation nach allen vernünftigen Grundsätzen gar nicht mehr in Anwendung seyn könnte.

*) Vergleiche den Titel der Pandecten *de Juris et facti ignorantia*.

Dahingegen ist man jetzt

wegen der Privilegien und des Anfangs der verbindenden Kraft eines Gesetzes, worüber man *ehedem* ebenfalls sehr unrichtige Grundsätze hegte, heutiges Tages so ziemlich aufs reine.

IV.

Obgleich jeder Unterthan in Deutschland die von dem Regenten erlassene Befehle zu respectiren schuldig ist, so muß ihm doch dagegen nach Umständen die *Exceptio sub- et obreptionis* zu statten kommen.



Dabelow, Christoph Christian von,

Einleitung in die deutsche positive Rechtswissenschaft

Halle 1793

J.germ. 38 b

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550878-8

VD18 14432587-001